



HAL
open science

Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence

Florent Venayre

► To cite this version:

Florent Venayre. Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence. *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2016, 28 (2016/2), pp.28 - 37. halshs-01398241v1

HAL Id: halshs-01398241

<https://shs.hal.science/halshs-01398241v1>

Submitted on 16 Nov 2016 (v1), last revised 10 Jan 2017 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie :

Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie, Vol. 28, n° 2016/2, pp. 28-37)

Depuis quelques années, en Nouvelle-Calédonie, les débats se sont intensifiés autour de la question de la nécessité d'une nouvelle forme de gouvernance économique. Il s'agirait dans cette optique de rompre avec une tradition interventionniste de longue date, au profit d'une action nouvelle à visée pro-concurrentielle. A l'échelle du Caillou, c'est une petite révolution économique qui devrait à terme fournir son lot de changements, comportementaux notamment, au bénéfice final des consommateurs calédoniens.

Cependant, la route est longue et les rebondissements du printemps et de l'été 2016 au sujet de la mise en œuvre de l'autorité de concurrence calédonienne l'illustrent parfaitement. En dépit de cette forte actualité, les récentes avancées législatives et les étapes qu'il reste encore à franchir ne doivent pas être vues comme des créations nouvelles, qui répondraient *ex nihilo* à des préoccupations de l'instant. Elles font au contraire écho à une évolution de long terme de la conception de l'économie locale, qui, précautionneusement et non sans heurts et réticences, construit une progressive confiance dans les mécanismes de marché, s'ouvrant ainsi avec retard aux enseignements de la théorie économique et au bilan positif des expériences menées au plan mondial dans le domaine de la concurrence.

Notre ambition est de rendre compte de ce processus inscrit dans le temps et de présenter les différentes étapes de cette construction – non encore totalement achevée – d'une

* Maître de conférences HDR en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA UMR 5474, Université de Montpellier.

nouvelle gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie. Cet article constitue le premier volet de cette étude¹ en se focalisant, si l'on peut dire ainsi, sur la « préhistoire » du processus en cours, c'est-à-dire sur la seconde moitié du XX^e siècle. L'organisation de l'économie calédonienne est comme nous allons le voir ancrée dans une forte tradition d'encadrement des prix par la puissance publique, signe d'une confiance historique extrêmement faible dans les opérateurs de marché (1.). Il faudra attendre la fin des années 1970 pour que la notion de « règles de concurrence » apparaisse dans le débat local – et donc dans les textes réglementaires. Mais il est à ce stade de notre histoire uniquement question de dispositifs qui font encore la part belle à la régulation et ne voisinent que très lointainement avec une conception moderne des mécanismes concurrentiels (2.). Les textes adoptés à l'époque resteront applicables tout au long de cette fin de siècle, en dépit d'aménagements des modalités du contrôle des prix et d'une perception évolutive de la notion de concurrence, dont l'émergence est néanmoins lente et, surtout, éminemment confuse (3.).

1. Une tradition historique de contrôle des prix

L'histoire économique de la Nouvelle-Calédonie est marquée de longue date par une action publique sur les prix de vente. Même si des dispositions antérieures existaient déjà – on sait notamment que les périodes guerrières et leurs lendemains sont propices à ces encadrements tarifaires –, l'année 1955 est intéressante eu égard aux précisions qu'elle apporte quant au devenir du système économique calédonien en matière de tarification. Le gouvernement local prend en effet à l'époque un important arrêté fixant les modalités du contrôle des prix². Ce texte distingue les biens importés (titre I) des biens fabriqués localement (titre II), distinction que nous allons conserver dans la présentation qui suit.

Pour les produits importés, l'article 1^{er} de l'arrêté indique que, sauf mention explicite contraire, les produits sont *a priori* réputés non soumis au contrôle des prix. Leurs prix sont donc censés être librement établis, bien que le même article précise en suivant qu'« *en cas d'abus caractérisé en matière de prix de vente des marchandises importées, le chef du territoire peut inscrire les marchandises en cause à un des tableaux annexes et limiter les marges de bénéfice brut.* »³. S'il s'agit ici d'une sécurité assez classique permettant d'assurer à la puissance publique un moyen d'action s'il en était besoin, il n'en reste pas moins que l'intervention de l'autorité politique n'est encadrée que par le simple constat d'un « abus caractérisé ». En tout état de cause, une forte porosité existe donc entre les prix administrés et ceux qui ne le sont pas, à la discrétion du politique.

¹ Le prochain numéro de la Revue Juridique Politique et Économique de Nouvelle-Calédonie proposera la publication de la suite de cette étude.

² Arrêté n° 928 du 5 juillet 1955 réglementant le contrôle des prix en Nouvelle-Calédonie pour les produits et denrées d'importation et pour les produits et denrées de fabrication locale.

³ Nous allons revenir en détail, dans le développement à venir, sur ces tableaux annexes qui renseignent les produits directement concernés par le contrôle des prix.

Dès lors, à l'inverse, qu'existe une limitation réglementaire du prix de vente, cette dernière prend la forme d'une marge maximale imposée sur le prix de revient, en différenciant le stade du gros de celui du détail. On définit ainsi un « *prix de revient licite* » (article 4) servant de référence à la marge pour le calcul du prix final. A cet effet sont distinguées deux catégories de produits différents : les « *produits ou denrées de première nécessité* » ou « *marchandises diverses indispensables à l'économie du territoire* » (article 2, 2°) et un autre groupe de produits, d'importance plus encore soulignée que les précédents : les « *denrées de nécessité impérieuse* » (article 2, 1°). Si la terminologie des produits de première nécessité perdure encore de nos jours (PPN), celle de denrées impérieuses s'est en revanche perdue au fil des années.

Le premier groupe concernant les produits de première nécessité est listé dans le tableau B de l'annexe de l'arrêté et comporte les « *marchandises dont les prix doivent être établis à la diligence et sous la responsabilité des commerçants* ». A ces derniers, donc, de respecter les contraintes établies en matière de marges et de calculs des prix en découlant. Si aucun contrôle préalable n'est requis, l'arrêté prévoit toutefois, en son titre III, une surveillance des prix, passant notamment par un étiquetage obligatoire des produits afin de faciliter la détection d'éventuelles fraudes à la réglementation. Les produits concernés regroupent des items très divers, et en nombre assez important, allant des denrées alimentaires aux produits de pharmacie, en incluant également des tissus, de la quincaillerie, *etc.*

Le second groupe des produits dits « impérieux » regroupe les « *marchandises dont les prix doivent être homologués par le bureau des Affaires économiques* », pour lesquelles les marges maximales sont également définies. Cette fois, et contrairement au cas précédent des produits de première nécessité, un contrôle *ex-ante* de la tarification est donc réalisé. Les produits concernés sont ici, logiquement, en nombre beaucoup plus restreint que ceux de la catégorie précédente – ils sont recensés dans le tableau A de l'annexe de l'arrêté⁴.

On rencontre donc déjà, à l'époque, une distinction entre le contrôle et la surveillance des prix, selon qu'une autorisation de tarification préalable soit nécessaire ou non. Cette distinction existe encore en droit calédonien, l'article LP. 411-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie différenciant ainsi, en son II, le « régime de la liberté contrôlée », qui implique un accord préalable des autorités avant l'application du prix, du « régime de la liberté surveillée », plus souple bien que non totalement libéré, pour lequel les prix sont seulement déposés auprès des Affaires économiques.

Le titre II de l'arrêté de 1955 prévoit pour sa part que le chef du territoire fixe directement le prix de vente maximum de certains produits fabriqués localement (article 16). L'article 17 précise les produits concernés (pain, lait, riz, savon...), la liste pouvant être modifiée sur « *simple décision du chef du territoire* ». Les produits non listés par l'article 17 « *restent soumis à concurrence* », selon le libellé de l'article 18. Cependant, ce dernier précise en suivant qu'ils « *ne peuvent être revendus par le commerce avec un pourcentage de*

⁴ Ces produits sont au nombre de dix seulement. Si l'on ne s'étonnera guère d'y trouver par exemple la farine, le sucre, l'huile, le riz, ou encore le lait et les pommes de terre, on s'amusera en revanche, signe d'une époque largement révolue, d'y trouver les « vins ordinaires ».

bénéfice supérieur à 50 p. 100 du prix d'achat, quel que soit le nombre d'intermédiaires. ». Ainsi, même lorsque les prix sont supposés libres, une certaine réglementation tarifaire demeure.

Les années 1950 peuvent ainsi être considérées comme la période au cours de laquelle la Nouvelle-Calédonie a réellement bâti les fondations de son contrôle des prix contemporain, théorisé comme une nécessité du bon fonctionnement de la vie économique locale. En 2011, dans le livre relatant sa propre histoire, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie souligne ainsi que cette époque voyait déjà, dans les tentatives de contrôle des prix et des marges, des dispositifs destinés à juguler la cherté de la vie – on disait alors plus volontiers « cherté de vie ». A l'appui de sa remarque, le Congrès (appelé Conseil général à l'époque des archives utilisées) reprend un extrait d'un procès-verbal qui illustre bien les arguments avancés lors de cette période des années 1950 : « *Pour sauvegarder le pouvoir d'achat de la population calédonienne, composée en très grande partie de salariés (...), il convient d'ajuster ce pouvoir d'achat aux nécessités du budget familial et de lui rendre accessibles les prix des produits entrant dans ce budget. Un élargissement et une révision de la liste des produits entrant dans le calcul de l'indice de cherté de vie s'impose très certainement (...). Il faut ajouter que la stabilité de ce secteur salaire (...) ne peut réellement être assurée que s'il y a un corollaire dans le secteur prix : sinon, il se trouve une brèche dans le circuit salaire-prix et la hausse des prix incontrôlée amorce, par réaction en chaîne, la hausse dans tous les autres secteurs économiques. C'est donc à l'entrée sur le territoire, là où commence le champ d'action de l'appareil administratif local que doit s'effectuer le contrôle initial des prix avec, aux différents stades de la distribution, un contrôle des marges bénéficiaires fixées.* »⁵. Certes, les tournures sont d'époque, mais même si les idées seraient différemment formulées de nos jours, on les retrouve encore bien présentes dans les débats économiques locaux contemporains. L'actualité du contrôle des prix en Nouvelle-Calédonie a en effet souvent été dense⁶. A cet égard, toujours dans la même référence citée, on trouve l'exergue suivante du Congrès de la Nouvelle-Calédonie : « *cherté de vie et contrôle des prix : un concept qui fera long feu* »⁷.

Le fait même que l'arrêté de 1955 institue un contrôle des prix et des marges détaillé, reposant sur un système de listes de produits spécifiques, conduit à pouvoir reconsidérer régulièrement le contenu de ces listes (à discrétion du politique, comme nous l'avons vu). Ainsi, le texte initial se trouve soumis à révisions fréquentes, amenant de nouvelles

⁵ Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 2011, *1885-2010, du Conseil général au Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, éditions Congrès de la Nouvelle-Calédonie, Février, p. 120.

⁶ Le contrôle des prix n'est cependant pas l'apanage de la Nouvelle-Calédonie. La Polynésie française montre également une très forte tradition d'encadrement tarifaire. Plus généralement, l'ensemble des outre-mer français connaît dans certains domaines des systèmes de prix réglementés, y compris dans le cas des départements pourtant soumis au droit métropolitain et parties du territoire européen. Sur la question de l'encadrement des prix en Polynésie française, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au vent des îles, p. 174 et suivantes. Sur les prix encadrés dans les DOM et un aperçu plus général de la réticence de l'Autorité de la concurrence métropolitaine sur les contrôles de prix réalisés en outre-mer, voir : Venayre F., 2014, « Marchés de carburants dans les DOM : Evolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 142-148.

⁷ Notons que l'expression « faire long feu » est ici employée dans son sens usuel actuel, qui est donc l'inverse de son sens étymologique, pour désigner une action qui s'inscrit dans le temps.

discussions, l'adoption de textes modifiés, et maintient dans le champ du débat, et donc dans l'actualité, la question même du contrôle des prix⁸. S'il est superflu de discuter de ces aménagements mineurs, portant sur tel ou tel produit particulier, ou encore tel ou tel taux, on peut néanmoins s'intéresser dans la suite de cet article à l'inflexion que va connaître le contrôle des prix en 1974. L'arrêté général pris en conseil de gouvernement cette année-là va en effet modifier sensiblement l'esprit du contrôle des prix, bien que la pratique n'en soit pas elle-même révolutionnée⁹.

Nous avons vu que dans le cas du contrôle institué en 1955, les prix des produits étaient *a priori* réputés libres, sauf mention contraire (article 1^{er}). Dans l'arrêté général de 1974, l'article 2 indique au contraire que « *les décisions relatives aux prix de tous les produits et services sont prises par arrêtés du chef du territoire en conseil de gouvernement.* ». Or, il est bien clair que « *les prix de tous produits, marchandises et prestations de service sont dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances soumis aux dispositions du présent arrêté.* » (article 1^{er}). Nul secteur d'activité ne semble donc en marge du nouveau dispositif de contrôle des prix. Ce contrôle peut alors prendre la forme d'une fixation directe du prix par le décideur public ou celle d'une limitation du prix de vente des produits (article 3). Cette restriction du prix de vente consiste à imposer au vendeur un prix de vente maximal, défini à partir du « *prix de revient licite* » – selon la notion précédemment exposée introduite par l'arrêté de 1955 –, qui est alors augmenté d'une marge brute autorisée (article 14). Les articles 15 et 16 de l'arrêté général viennent préciser cette notion de prix de revient licite en détaillant très précisément son calcul. Il est ainsi y compris tenu compte des « *déchets de route* » potentiels subis par les marchandises, déterminés en pourcentage du prix CAF¹⁰. Afin de définir les marges brutes autorisées, le nouvel arrêté général rejoint la réglementation de 1955 en établissant, en annexe, une liste de produits pour lesquels les marges réglementées sont précisées. Près d'une centaine de catégories de produits sont ainsi répertoriés, pour lesquels la marge moyenne s'établit à 33,8 %¹¹.

Ce nouvel arrêté général d'août 1974 va définir le cadre du mode d'administration des prix calédoniens pour les trois décennies à venir, avec des adaptations des modalités d'application et des gammes de produits concernés, au gré des décisions politiques successives. Nous reviendrons sur ces adaptations, mais notons pour l'instant qu'à ce stade de la construction de la gouvernance du système économique calédonien, le débat est donc focalisé sur le contrôle des prix, mais il n'est pas question encore de mécanismes destinés à favoriser le jeu concurrentiel des marchés du Caillou. C'est cependant quelques années

⁸ On consultera par exemple, parmi tant d'autres, l'arrêté n° 74-295/CG du 17 juin 1974 fixant les prix de certaines productions locales, qui place sous le régime de la liberté surveillée un certain nombre de produits locaux en fixant les coefficients de marge qui leur sont applicables, ou encore l'arrêté n° 74-296/CG, pris le même jour, fixant le prix de vente des chaussures.

⁹ Arrêté général n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés.

¹⁰ Ce pourcentage varie entre 2 et 10 %. On aura par exemple 2 % pour le riz ou 7 % pour le ciment, mais 10 % pour les fruits frais. Le prix CAF (coût, assurance, fret) désigne le prix avant acquittement des droits et taxes à l'importation et paiement des marges commerciales et de transport dans le pays importateur.

¹¹ Exactement, 98 groupes de produits sont mentionnés, pour lesquels les marges peuvent aller de 18 % (pour une référence seulement), jusqu'à 45 % (pour deux références). La marge la plus fréquemment retenue, pour plus de la moitié des cas (51 occurrences), est 35 %.

seulement après l'arrêté général de 1974 que les débats concernant ce nouveau pan de la politique économique calédonienne vont commencer, lentement, à émerger.

2. Les prémisses des règles pro-concurrentielles

En avril 1977, les premières « règles applicables en matière de concurrence » vont faire leur apparition dans le paysage économique calédonien¹². Il est pourtant très tôt encore, comme nous allons le voir, pour pouvoir parler de droit de la concurrence. Un regard attentif sur l'arrêté concerné montre en effet qu'il se cantonne à réglementer certaines pratiques commerciales (publicité sur les rabais, publicité trompeuse ou primes afférentes à la vente¹³) et à en interdire d'autres (ventes liées, revente à perte¹⁴, refus de vente, pratiques discriminatoires de vente, fixation d'un prix minimum¹⁵).

Remarquons en premier lieu qu'interdictions d'un prix minimum et de la revente à perte relèvent du contrôle des pratiques tarifaires. En cela, le décideur calédonien ne s'éloigne pas à proprement parler de la tradition de contrôle des prix dans laquelle il évoluait jusqu'alors. D'autres aspects de cet arrêté relèvent quant à eux de l'information aux consommateurs et des règles de transparence, ou de pratiques dites restrictives, mais en tout état de cause, aucune des règles édictées ne relève des prohibitions classiques du droit de la concurrence¹⁶. Ainsi, en dépit du titre de l'arrêté qui pourrait laisser présager l'émergence d'un droit de la concurrence calédonien, ou tout au moins ses premières étapes, on reste encore, à ce stade, confiné dans une pratique essentiellement réglementaire ne laissant que très peu de place à une quelconque confiance dans les mécanismes de marché et recourant bien plus à des dispositifs du « petit droit » de la concurrence¹⁷. On sent ici l'influence

¹² Arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 portant fixation des règles applicables en matière de concurrence.

¹³ Respectivement par les titres I, II et III de l'arrêté.

¹⁴ Bien que le titre V de l'arrêté soit intitulé « De la vente à perte », c'est bien de *revente à perte* qu'il s'agit. Pour un historique détaillé des réglementations françaises controversées en matière de revente à perte, voir : Montet C. et Venayre F., 2004, « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la concurrence*, Vol. 1, Novembre, pp. 174-181.

¹⁵ Respectivement par les titres IV, V, VI, VII et VIII de l'arrêté.

¹⁶ Le droit de la concurrence est à comprendre ici dans sa conception classique. On peut en reprendre la définition fournie par André et Georges Decocq : « *Dans son acception la plus courante, l'expression 'droit de la concurrence' désigne l'ensemble de ce qu'un usage unanimement suivi appelle règles de concurrence, c'est-à-dire de celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché. Elles visent à sauvegarder des structures d'entreprises et à imposer des comportements qui sont de l'essence de l'économie de marché. Leur finalité est, par suite, l'intérêt général ; elles n'assurent la protection d'intérêts particuliers que comme un moyen de maintien de la libre concurrence. Le droit de la concurrence ainsi entendu n'inclut donc pas les règles de droit dont l'objet exclusif ou essentiel est de protéger de tels intérêts en préservant la position légitimement acquise sur un marché par une entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droits intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale.* » (Decocq A. et Decocq G., 2014, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Lextenso éditions, 6^{ème} édition, p. 17).

¹⁷ On peut ici reprendre la définition de ce dernier proposée par Laurence Nicolas-Vullierme : « *Le 'petit droit de la concurrence', dit aussi 'faux droit de la concurrence', veille à préserver l'équilibre entre les acteurs*

française, illustrée par la réflexion suivante de Marie Malaurie-Vignal : « *Le droit français, fidèle à sa tradition dirigiste, prévoit des incriminations particulières, pénalement sanctionnées. De réformes en réformes, les sanctions s'aggravent.* »¹⁸. C'est le cadre que l'on retrouve pour l'instant dans le système calédonien.

Les bases juridiques fixées par cet arrêté de 1977, pour limitées qu'elles soient au regard de la promotion des mécanismes concurrentiels, vont demeurer inchangées pendant nombre d'années. Les seules discussions qui seront engagées au cours des années 1980 porteront en effet sur des dérogations à l'interdiction générale de vente avec primes mentionnée à l'article 11¹⁹ et qui n'est pas sans poser de difficultés à certaines manifestations commerciales. C'est ainsi qu'une première suspension hebdomadaire de l'article 11 est obtenue au cours de l'automne 1982 sur le territoire de la commune de Nouméa²⁰. Cette suspension sera reconduite, toujours pour Nouméa, de 1983 à 1986²¹, puis elle sera élargie aux communes de Dumbéa et du Mont-Dore l'année suivante²², pour concerner finalement l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie à partir de 1988²³. En plus de cet élargissement géographique, l'année 1989 va connaître également un développement de ce type de demandes puisqu'à l'exception conservée pour le mois d'octobre, s'ajoute une autre dérogation, également pour l'ensemble du territoire, concernant cette fois la période de Noël et qui fera l'objet de l'octroi d'une prolongation²⁴. Au total, cette année-là, l'application de l'article 11 se verra donc suspendue durant 40 jours.

Si les informations du paragraphe précédent ne paraissent pas fondamentales en soi, puisqu'il ne s'agit que de dresser l'état des lieux des dérogations accordées, elles soulignent cependant deux aspects plus importants qui justifient leur présence dans cet article. Le premier est qu'au cours des douze premières années de leur adoption, ces premières règles de concurrence, pourtant minimalistes et très périphériques au regard des centres d'intérêts classiques d'un droit de la concurrence solide, ne vont faire l'objet d'aucune autre modification que la simple adoption d'exceptions temporaires. Le second est que l'évolution

économiques, entre professionnels et consommateurs d'abord et entre professionnels ensuite. Ces règles figurent dans le titre IV du livre IV du Code de commerce. Elles comportent deux volets principaux : l'un sur la transparence et l'autre sur les pratiques dites restrictives. » (Nicolas-Vullierme L., 2011, *Droit de la concurrence*, éditions Vuibert, 2^{ème} édition, p. 15). Le « petit droit » ou « faux droit » se voit ainsi souvent affublé de ces appellations pour le distinguer clairement du véritable droit de la concurrence, dont les motivations sont celles rappelées par la précédente citation d'André et Georges Decocq (cf. note précédente).

¹⁸ Malaurie-Vignal M., 2014, *Droit de la concurrence interne et européen*, éditions Dalloz, 6^{ème} édition, p. 137. Cette remarque est précisément effectuée au sujet du contrôle des pratiques tarifaires.

¹⁹ A l'exception de quelques situations qui figurent dans l'article 12, telles que la distribution d'objets publicitaires de faible valeur, la distribution d'échantillons...

²⁰ Arrêté n° 82-493/CG du 14 septembre 1982 portant suspension temporaire de l'application de l'article 11 de l'arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 fixant les règles applicables en matière de concurrence.

²¹ Arrêtés n° 83-375/CG du 9 août 1983, n° 84-415/CG du 11 septembre 1984, n° 85-513/CM du 7 août 1985 et n° 2102 du 19 septembre 1986, portant suspension temporaire de l'application de l'article 11 de l'arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 fixant les règles applicables en matière de concurrence.

²² Arrêté n° 87-160/CE du 26 août 1987 portant suspension temporaire de l'application de l'article 11 de l'arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 fixant les règles applicables en matière de concurrence.

²³ Arrêté n° 2279 du 14 septembre 1988 portant suspension temporaire de l'application de l'article 11 de l'arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 fixant les règles applicables en matière de concurrence.

²⁴ Arrêtés n° 2724 du 18 septembre 1989, n° 3847 du 24 novembre 1989 et n° 4335 du 22 décembre 1989, portant suspension temporaire de l'application de l'article 11 de l'arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 fixant les règles applicables en matière de concurrence.

chronologique de l'octroi des dérogations sur cette période des années 1980 permet de mieux comprendre pourquoi la Province Sud a adopté en 1990 une délibération spécifique à l'application des règles de concurrence.

Un point liminaire sur l'exercice des compétences en Nouvelle-Calédonie semble à ce stade nécessaire pour comprendre l'adoption et l'évolution des règles concurrentielles du territoire. Lorsque les premières règles de concurrence sont adoptées par le Conseil de gouvernement en 1977, par l'arrêté ci-dessus présenté, c'est bien le territoire qui est compétent en la matière, mais cela va être modifié par la loi référendaire de 1988²⁵. L'article 7 de la loi référendaire indique en effet que : « *Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas réservées, soit par la présente loi, à l'Etat ou au territoire, soit par la législation en vigueur, aux communes.* ». Or, les compétences de l'Etat listées à l'article 8 ne comportent aucun élément de nature à revendiquer pour ce dernier la compétence de l'organisation concurrentielle. Quant au territoire, ses compétences (article 9) font bien apparaître la fiscalité (1°), la répression des fraudes (9°) ou la réglementation des prix (10°), qui peuvent chacune toucher à l'organisation ou au fonctionnement des marchés, mais rien qui ait directement trait à la concurrence elle-même. La compétence concurrentielle doit donc être considérée, *a priori*, comme étant transférée aux provinces²⁶. De fait, un arrêté du haut-commissaire²⁷ vient formaliser le transfert au bénéfice des provinces de la compétence concernant « *les règles applicables en matière de concurrence* » (article 1^{er}, 4° de l'arrêté), à compter du 1^{er} janvier 1990²⁸.

Ce qui pousse la Province Sud à adopter une délibération aussi rapidement après l'obtention de la compétence en matière de règles concurrentielles²⁹ est donc la succession de dérogations accordées à l'application de l'article 11 de l'arrêté de 1977. La délibération en question se contente en effet de réaffirmer que les règles de concurrence applicables dans la Province Sud sont celles édictées par l'arrêté de 1977 et y introduit un nouvel article 12 bis, à la fin du titre relatif aux ventes avec primes, qui précise que les dérogations à l'application de

²⁵ Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998.

²⁶ A moins qu'il ne s'agisse d'une omission. On sait en effet que l'organisation du partage des compétences dans les collectivités du Pacifique pose régulièrement d'épineux problèmes juridiques du fait de ses aspects lacunaires. Voir ainsi, dans le cas de la Polynésie française : Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (eds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.

²⁷ Arrêté n° 89-53/CC du 6 décembre 1989 portant transfert de compétences aux provinces. L'article 11 de la loi référendaire définit effectivement les modalités de transfert des compétences aux provinces : « *Celles des compétences des provinces qui étaient précédemment exercées par l'Etat ou le territoire (...) leur sont transférées selon un calendrier fixé par le haut-commissaire et, au plus tard, le 1^{er} janvier 1990.* ».

²⁸ Plus exactement, c'est un erratum qui viendra corriger l'arrêté initial car dans la première version publiée, les règles applicables en matière de concurrence apparaissaient au contraire, comme par une allégorie ironique de la difficulté à mettre en place la concurrence en Nouvelle-Calédonie, en tant qu'exception au transfert de la compétence en matière de conditions de vente au détail de boucherie-charcuterie. Voir le *Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie* n° 6674 du 9 janvier 1990, p. 51, pour l'arrêté initial, et n° 6676 du 23 janvier 1990, p. 168, pour l'erratum.

²⁹ La délibération est en effet adoptée environ cinq mois après le transfert de compétence. Il s'agit de la délibération n° 58-90/APS du 8 juin 1990 portant adaptation dans la Province Sud de diverses réglementations territoriales relatives au commerce intérieur, à certaines professions commerciales et aux règles de concurrence.

l'article 11, pour certaines manifestations commerciales, seront dorénavant accordées par l'Exécutif de la Province³⁰. Outre la question du transfert de compétence dont il est ici tenu compte, il s'agit aussi par cet article 12 bis de formaliser au plan juridique la possibilité de déroger à l'interdiction générale des ventes avec primes, ces dérogations s'étant comme nous l'avons vu multipliées au cours des années 1980³¹. A l'exception de cette simple modification concernant les ventes avec primes, aucune autre mesure spécifique à l'organisation de la concurrence ne sera prise par la Province Sud au cours de la décennie pendant laquelle les règles de concurrence resteront une compétence provinciale. Notons également qu'aucune des deux autres provinces n'a voté de texte sur la question durant cette même décennie.

Avec l'adoption de la loi organique statutaire de mars 1999³², la Nouvelle-Calédonie voit à nouveau la compétence concurrentielle lui échoir. L'article 20 de la loi organique conserve (à l'exception très marginale de quelques modifications rédactionnelles) le contenu de l'article 7 de la loi référendaire concernant la répartition des compétences, selon lequel les provinces sont compétentes dans les matières qui ne sont pas explicitement dévolues à l'Etat ou au territoire. Or, les compétences de l'Etat restent en dehors du champ concurrentiel (article 21), tandis que l'article 22, qui détaille les compétences de la Nouvelle-Calédonie, indique notamment la fiscalité (1°), le commerce extérieur et le régime douanier (6°), la réglementation des prix et l'organisation des marchés (20°), qui peuvent toutes exercer une influence sur la vie des affaires, mais mentionne surtout la concurrence et la répression des fraudes (19°).

La comparaison des répartitions des compétences prévues par la loi référendaire de 1988 et par la loi organique statutaire de 1999 appelle deux remarques. La première, c'est que la loi référendaire donnait la compétence de réglementation des prix au territoire (article 9, 10°) et celle de la concurrence aux provinces (puisque'elle n'apparaissait pas dans les articles 8 et 9), ce qui surprend pourtant car « *la liberté des prix est une pierre angulaire du droit de la concurrence* »³³. Ainsi, avoir deux décideurs distincts dans ces matières connexes accroît le risque de rendre caduc l'effet des règles concurrentielles adoptées, en raison de potentielles réglementations tarifaires non adaptées. La seconde remarque est que, si la loi organique statutaire vient corriger cette anomalie en donnant au seul territoire l'ensemble des compétences cohérentes entre elles en matière d'organisation de la concurrence, il n'en demeure pas moins que la concurrence n'est pas listée au même point que la réglementation des prix et l'organisation des marchés (qui apparaissent au 20° de l'article 22), ce qui aurait pourtant été assez logique. C'est en revanche au 19° de ce même article qu'on la retrouve, citée avec la répression des fraudes. Cette anecdote semble être assez révélatrice de la

³⁰ Dès les fêtes de fin d'année de 1990, c'est donc le président de la Province Sud, et non plus le gouvernement, qui accorde la dérogation applicable durant le mois de décembre (arrêté n° 1409-90/P du 30 novembre 1990 relatif à l'application de l'arrêté n° 77-155/CG du 18 avril 1977 portant fixation des règles applicables en matière de concurrence).

³¹ Cette modification introduite par la Province Sud sera reprise pour l'ensemble du territoire lorsque la Nouvelle-Calédonie retrouvera la compétence en matière de règle de concurrence en 1999 (*cf. infra*), avec la délibération n° 034/CP du 28 juin 2000 relative aux règles applicables en matière de concurrence (article 2), l'organe délivrant ces dérogations étant bien entendu, dorénavant et comme avant 1990, le gouvernement.

³² Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

³³ Malaurie-Vignal M., 2014, *op. cit.*, p. 137.

conception plutôt réglementaire de la concurrence qui se développe en Nouvelle-Calédonie, finalement plus liée au « petit droit » qu'au véritable droit de la concurrence lui-même³⁴.

3. Une évolution confuse des prix administrés et de la conception de la concurrence

Dès l'adoption de l'arrêté de 1977 instituant les toutes premières règles de concurrence, il n'est pas question, dans l'esprit du régulateur calédonien, de renoncer au contrôle des prix. Ainsi, un second arrêté est pris le même jour, qui vient cette fois compléter le mode de calcul du prix de revient licite³⁵. Pourtant, on sait que la liberté des prix est le socle indispensable de la construction d'une réelle politique de concurrence. Nous l'avons précédemment effleuré en rappelant la citation de Marie Malaurie-Vignal, mais le principe en est plus largement connu³⁶ et les exemples des effets pervers de ces réglementations fournis par la littérature économique sont nombreux³⁷. Cependant, les règles calédoniennes ne constituant pas encore un réel droit de la concurrence, mais relevant plutôt d'un ensemble réglementaire voisinant notamment avec le « petit droit », la réaffirmation d'un contrôle de prix actif offre malgré tout une certaine cohérence.

Le maintien des dispositions de l'arrêté général de contrôle des prix de 1974 va conduire à multiplier l'adoption de textes adaptant les règles en vigueur, sans toutefois en modifier le fondement même, et sans en remettre non plus en cause le bien-fondé. Il serait inutile de les citer tous, mais on observera aussi bien de nouvelles modifications des modalités de calcul des prix autorisés³⁸, que de simples et fréquentes modifications des tableaux indexés listant les marges maximales autorisées³⁹. Les modes de fixation des prix évoluent ainsi, différemment selon les produits.

³⁴ Nous avons vu les acceptions distinctes du droit et du « petit droit » de la concurrence – dans les notes 15 et 16. Un troisième droit, celui de la concurrence déloyale (qui était d'ailleurs déjà évoqué dans la citation d'André et Georges Decocq portée en note 15), vient s'adjoindre à ces deux droits précédents. Sur les articulations de ces trois corpus juridiques, on pourra également consulter : Nicolas-Vullierme L., 2011, *op. cit.*, pp. 15-16. Nous allons revenir sur cette typologie dans la troisième section de cet article.

³⁵ Arrêté n° 77-156/CG du 18 avril 1977 complétant l'arrêté général n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés, article 2.

³⁶ Voir Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, *op. cit.*, pp. 78-85 sur ce type de réglementations et pp. 174-178 sur les débats tahitiens de 2012 en matière de liberté des prix – date du rejet d'un projet de loi sur la concurrence antérieur à celui qui a finalement été adopté (par la loi du pays n° 2014-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence).

³⁷ Voir par exemple : Dornbush R. et Edwards S., 1990, *The Macroeconomics of Populism in Latin America*, University of Chicago Press ; Glaeser E.L. et Luttmer E.F.P., 2003, « The Misallocation of Housing Under Rent Control », *American Economic Review*, Vol. 93, n° 4, pp. 1027-1046., Scott Morton F., 2001, « The Problems of Price Control », *Regulation*, Vol. 50, pp. 50-54.

³⁸ Voir par exemple l'arrêté n° 82-096/CG du 9 février 1982 modifiant l'arrêté n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés.

³⁹ Dont par exemple celles qui sont mises en œuvre par l'arrêté n° 82-097/CG du 9 février 1982 modifiant l'arrêté n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés.

Certains produits se retrouvent donc très contrôlés, comme l'illustre notamment le cas du poisson frais. Un arrêté impose ainsi aux vendeurs de présenter sur leurs étals, à des prix promotionnels, au moins deux espèces de poisson – dont la liste est précisée –, les prix au kilo maxima concernés étant alors directement fixés par l'arrêté, selon que les poissons soient entiers ou découpés, vidés ou non, écaillés ou pas⁴⁰.

D'autres produits sont surveillés, comme c'est le cas du lait produit localement qui peut ainsi, officiellement, voir son prix « librement déterminé » au niveau de la production⁴¹. Mais il reste néanmoins obligatoire, pour le producteur, d'en fournir préalablement à l'administration le barème des prix limites pratiqués, accompagné des conditions de vente, et d'indiquer par la suite chaque modification tarifaire au moins 15 jours avant son application. La marge effectuée sur le prix au consommateur reste par ailleurs bornée à 20 %, quel que soit le nombre d'intermédiaires qui interviennent dans le circuit de commercialisation. La liberté tarifaire n'est donc que très relative en pratique.

Enfin, d'autres produits jouissent d'une réelle liberté totale de tarification, leur prix répondant ainsi au simple jeu du marché⁴². Mais il est difficile de voir émerger une tendance globale dans l'action du régulateur, différents modes de réglementation cohabitant parfois au sein des mêmes décisions. Pour n'en donner qu'un seul exemple, un arrêté de 1987⁴³, qui place un certain nombre de prix sous un régime assez strict de liberté contrôlée, libère *a contrario* les prix du poisson frais et du lait des contraintes qui existaient précédemment et dont nous venons d'exposer les modalités.

Au plan des contraintes réglementaires en matière de tarification, la classification des produits varie donc au cours des années 1980, mais sans que les textes fondamentaux ne soient remis en question (arrêté général de 1974 sur le contrôle de prix et arrêté de 1977 sur les règles de concurrence). Ce mouvement va se poursuivre au long des années 1990 en y adjoignant des expériences de libéralisation des prix sur certains produits, pour des durées limitées dans un premier temps avant d'envisager des libéralisations plus larges, à la fois au plan temporel et concernant la gamme de produits. Ainsi, par exemple, une délibération de janvier 1992⁴⁴ propose-t-elle la suspension temporaire de l'encadrement des prix de certains véhicules, qui sera reconduite par la suite⁴⁵.

Rappelons, comme cela a été souligné dans la deuxième section de cet article, que si la compétence en matière de concurrence est devenue provinciale au cours des années 1990, celle de réglementation des prix demeure parallèlement l'apanage du territoire, qui continue donc à être actif dans ce domaine, même si les embryons de règles de concurrence dessinés

⁴⁰ Arrêté n° 85-170/COM du 10 avril 1985 relatif au prix du poisson frais, articles 1^{er} et 2.

⁴¹ Arrêté n° 76-088/CG du 23 février 1976 relatif au prix de vente du lait frais de production locale.

⁴² Voir par exemple l'arrêté n° 85-365/CM du 10 juillet 1985 modifiant l'arrêté n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés, qui liste une série de produits de ce type.

⁴³ Arrêté n° 87-193/CE du 30 septembre 1987 relatif au contrôle des prix de produits obtenus, fabriqués ou transformés dans le territoire, et de certains services.

⁴⁴ Délibération n° 297 du 14 janvier 1992 portant modification de l'arrêté général modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés.

⁴⁵ Délibération n° 234/CP du 27 mai 1993 modifiant l'arrêté général modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés.

restent inchangés. Ce qui intéresse plus avant dans cette décennie, c'est que la loi référendaire de novembre 1988 a institué le Comité économique et social (article 59). Ce dernier, qui sera officiellement mis en place le 21 mars 1991⁴⁶, donne ainsi « *son avis sur tous les projets à caractère économique, social ou culturel qui lui sont soumis* »⁴⁷. Or, ces avis collégiaux permettent une intéressante photographie des craintes et des aspirations de l'époque en matière de concurrence.

Une première forme d'inquiétude, bien légitime, va s'exprimer à l'égard du transfert aux provinces de la compétence en matière de règles concurrentielles. Face à cette diversité des décideurs en matière de règles concurrentielles, le Comité économique et social va en appeler à la vigilance, de façon à assurer l'harmonisation des dispositions qui seraient prises par les exécutifs provinciaux⁴⁸. En matière de contrôle des prix, le Comité va montrer un soutien assez marqué à une politique de libéralisation, même s'il est parfois mâtiné là aussi de quelques inquiétudes. Ainsi, à l'occasion de l'expérimentation faite sur le prix de certains véhicules⁴⁹, le Comité va être conduit à formuler son avis à deux reprises et il déclare notamment, dans son premier avis, qu'il « *adhère avec prudence, par crainte d'une tendance inflationniste, à la libéralisation des prix des véhicules tout terrain* »⁵⁰. Deux années plus tard, il se prononce en faveur d'une expérimentation généralisée de libéralisation des prix, en formulant la recommandation suivante : « *Le Comité économique et social constate que la libéralisation des prix des produits importés ne s'applique qu'à une faible part des biens de consommation. (...) Dans le but de poursuivre le processus d'un marché plus concurrentiel sur le territoire, le Comité économique et social estime qu'il serait souhaitable de procéder à une libération, pour un an, des prix de l'ensemble des produits consommés sur le territoire.* »⁵¹.

Pendant environ une dizaine d'années, le Comité puis le Conseil économique et social auront l'occasion de réitérer leur soutien à une économie plus déréglementée et plus ouverte à la concurrence. Un projet de délibération envisageant la déréglementation des prix du bois et des fromages pré-emballés (toujours cependant pour une durée limitée à une année) en fournit une nouvelle illustration puisque le Conseil a pu indiquer à cette occasion, dans son avis préalable, qu'il : « *estim[ait] que cette libre concurrence [uniquement dans les deux secteurs*

⁴⁶ Conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, *La Lettre Info*, n° 16, Avril 2013.

⁴⁷ Selon les termes de l'article 59 de la loi référendaire de 1988. A la faveur de la loi organique statutaire de mars 1999 (article 153), il sera renommé Conseil économique et social. Depuis 2013, son nom est devenu Conseil économique, social et environnemental, toujours utilisé aujourd'hui (article 6 de la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie).

⁴⁸ Avis n° 91-09 du 20 décembre 1991 relatif au projet de délibération du Congrès portant modification de l'arrêté général modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés. On peut parfaitement comprendre cette volonté à l'échelle d'une petite économie comme l'économie calédonienne. Nous avons cependant vu que cette angoisse va s'avérer sans fondement puisque les provinces ne vont pas modifier les règles qui étaient en vigueur avant l'obtention de leur nouvelle compétence.

⁴⁹ Avec les deux délibérations citées de 1992 et 1993. Cf. *supra*, notes 43 et 44.

⁵⁰ Avis n° 91-09 du Comité économique et social, *op. cit.*

⁵¹ Avis n° 01-93 du 19 mars 1993 sur le projet de délibération modifiant l'arrêté modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés.

*cités] ne pourra[it] à terme qu'être bénéfique aux consommateurs. »⁵². Mais l'ensemble des ambiguïtés n'est cependant pas toujours levé. Le projet de délibération dont il vient d'être question ayant été modifié pour ajouter un troisième secteur déréglementé – celui du savon –, le Conseil est invité à se prononcer à nouveau⁵³. Concernant spécifiquement ce dernier secteur des savons, le Conseil adhère à la décision de levée de l'encadrement tarifaire au motif qu'« *il s'agit de marchandises distribuées sur un marché concurrentiel composé notamment d'un nombre considérable d'importateurs et depuis peu, d'un producteur local.* ». Pourtant, l'avis est complété plus loin par la remarque suivante : « *Le Conseil économique et social tient aussi à rassurer les producteurs de savon locaux dans la mesure où il s'agit d'une industrie naissante pour laquelle des aides ainsi que des quotas à l'importation seraient sans nul doute accordés.* »⁵⁴. On voit que la conception de concurrence libre et non faussée reste encore diffuse⁵⁵.*

Les prises de position du Comité, puis du Conseil économique et social, vont enfin principalement se distinguer par l'apparition au sein du débat public des notions fondamentales en droit de la concurrence que sont l'entente et l'abus de position dominante. A la fin de son avis de décembre 1991⁵⁶, le Comité souligne en effet que : « *dans l'optique du présent mouvement de déréglementation des prix, jugé conforme à une politique de rétablissement progressif du principe de la libre concurrence, et dans le souci d'un développement harmonieux du principe de la liberté du commerce et d'industrie sur l'ensemble du territoire, le Comité économique et social appelle l'attention des provinces (...) sur la nécessité d'harmoniser des dispositions prévenant et sanctionnant les pratiques de concurrence déloyale notamment dans le cas d'ententes et d'abus de position dominante* ». Si ce premier pas vers les notions clefs d'un véritable droit de la concurrence est à souligner, on notera néanmoins la confusion qui existe encore entre la question des pratiques anticoncurrentielles et celle de la concurrence déloyale.

De la même façon, lorsque la Nouvelle-Calédonie, après l'intermède provincial, retrouve la compétence en matière de règles de concurrence et décide de conserver la

⁵² Avis n° 30/2001 du 28 décembre 2001 relatif au projet de délibération modifiant l'arrêté général modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente de produits importés.

⁵³ Avis n° 11/2002 du 12 avril 2002 relatif au projet de délibération portant modification de l'adaptation de l'arrêté général modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix, et la vente des produits importés, aux dispositions de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁵⁴ Notre analyse étant focalisée dans cet article sur le contrôle des prix, elle exclut l'étude des mesures de protection auxquelles il est ici fait allusion. Pour une présentation de ces dispositifs de protection des marchés locaux et des politiques interventionnistes de la puissance publique, similaires à celles que l'on peut observer en Polynésie française, voir : Venayre F., 2012, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars ; et : Venayre F., 2013, « Interventionnisme public et développement économique des collectivités d'outre-mer françaises du Pacifique Sud », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 22, pp. 42-52.

⁵⁵ La délibération finalement adoptée sur cette question, après les deux avis du Conseil, sera la délibération n° 084/CP du 16 avril 2002 modifiant l'arrêté général modifié n° 74-436/CG du 12 août 1974 réglementant le contrôle des prix et la vente des produits importés. Notons que c'est cette délibération qui renommra l'intitulé de l'arrêté général, qui devient dès lors : « portant contrôle et réglementation générale des prix ».

⁵⁶ Avis n° 91-09 du Comité économique et social, *op. cit.*

disposition mineure de la Province Sud en matière de ventes avec primes dérogatoires⁵⁷, elle requiert l'avis du Conseil, qui effectue alors une intéressante remarque. Parmi les deux pistes de réflexion qu'il privilégie, le Conseil s'interroge ainsi sur « *l'établissement d'une plus grande réforme (...) avec la refonte d'autres réglementations qui régissent le droit de la concurrence* »⁵⁸. Dans son avis, en réponse à cette interrogation, le Conseil note que ce texte « *doit être le premier d'une série de mesures consacrées à la concurrence.* »⁵⁹. On pense alors à une invitation à prendre des mesures concernant les fondements mêmes du droit de la concurrence – interdiction des ententes, lutte contre les abus de position dominante, contrôle des concentrations⁶⁰. La suite du développement incite pourtant à la circonspection, puisque le Conseil précise : « *C'est un large débat qui devra être plus particulièrement ouvert en ce qui concerne les problèmes liés à la vente, aux pratiques discriminatoires et aux soldes. Ces problèmes nécessitent également une refonte de la réglementation relative à la facturation.* »⁶¹. Encore une fois, la confusion est entretenue entre le droit de la concurrence et, cette fois, le « petit droit », d'obédience bien plus réglementaire.

Les débats calédoniens de l'époque en matière de concurrence sont donc toujours sujets à une certaine confusion mélangeant droit de la concurrence, « petit droit » et droit de la concurrence déloyale. Les enjeux en sont pourtant distincts, de même que les juridictions en charge de ces différentes questions.

Si l'on considère par exemple la notion de concurrence déloyale, il n'en existe pas de définition légale stricte, mais les contours en ont été cernés par la jurisprudence : on considérera alors comme pratiques déloyales : la confusion, la désorganisation, le parasitisme, le dénigrement... De manière générale, « *l'abus de la liberté au commerce causant, volontairement ou non un trouble commercial, constitue un acte de concurrence déloyale ou illicite* »⁶². Les procédures en concurrence déloyale se fondent en conséquence sur les articles 1382 et 1383 du Code civil – sur la responsabilité individuelle et l'obligation de réparation du dommage créé, même fortuitement – et non sur des dispositions du Code de commerce. Quant à la juridiction compétente, il s'agit généralement du tribunal de commerce et non d'une autorité de concurrence⁶³.

⁵⁷ Par la délibération n° 034/CP du 28 juin 2000 déjà citée.

⁵⁸ Rapport n° 05/2000 du 21 avril 2000 relatif au projet de délibération portant réglementation en matière de concurrence. La seconde piste soulevée dans ce même rapport concerne une nouvelle fois « *la prise en compte d'une nécessaire harmonisation dans le cadre du transfert de compétence à la Nouvelle-Calédonie* », comme cela avait été indiqué dès l'avis cité de décembre 1991. Pour autant, les exécutifs des trois provinces n'ayant pas pris de décisions spécifiques sur la question, l'harmonisation évoquée ne pose finalement qu'un problème de principe résolu par la délibération de juin 2000 sur laquelle le Conseil économique et social est ici invité à donner son avis.

⁵⁹ Avis n° 05/2000 du 21 avril 2000 relatif à la réglementation en matière de concurrence.

⁶⁰ Sur ces trois « piliers » d'un droit de la concurrence efficace, voir : Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47 ; Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, op. cit., chapitre 3.

⁶¹ Souligné par nous.

⁶² Cour de cassation, audience publique du 22 octobre 1985, n° de pourvoi 83-15096.

⁶³ Il s'agira cependant du Tribunal de grande instance si l'une des parties n'est pas un commerçant ou du Conseil des prud'hommes s'il s'agit d'un litige avec un ancien salarié.

On doit cependant noter que le Code de la consommation interdit lui-même les pratiques commerciales déloyales (article L. 120-1) dont la nature est précisée ensuite : il peut s'agir de pratiques commerciales agressives (L. 122-11) ou de pratiques trompeuses (L. 121-1). Notamment, dans ce dernier cas, la « *confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent* », ce qui constitue bien l'un des éléments de caractérisation de l'existence d'une concurrence déloyale. Or, le Code de commerce, en son article L. 442-1, renvoie à cet article L. 120-1 du Code de la consommation, intégrant donc indirectement une référence à la notion de concurrence déloyale dans le titre IV du livre IV du Code de commerce, qui constitue précisément en droit français ce que l'on appelle le « petit droit » de la concurrence.

On voit donc que la confusion est engendrée d'une certaine façon, ou entretenue, par les textes eux-mêmes. Une volonté de clarification a pu encourager certains auteurs à réclamer la suppression pure et simple des dispositions françaises de l'ensemble des dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce⁶⁴. Cette confusion ne peut d'ailleurs qu'aller croissant si l'on ajoute que les pratiques de dénigrement, par exemple, constitutives comme nous l'avons vu de pratiques de concurrence déloyale, peuvent également être invoquées, cette fois par les autorités de concurrence elles-mêmes, au support de la constatation d'un abus de position dominante⁶⁵.

* *

*

Historiquement, l'action des autorités publiques sur les marchés calédoniens a pris la forme d'un contrôle plus ou moins généralisé des prix aux consommateurs, sans même que soit évoquée dans les textes la notion de concurrence. On est alors très loin d'avoir encore perçu la nécessité de se doter de règles générales encadrant le fonctionnement concurrentiel des marchés et les comportements induits des entreprises locales. Il a fallu attendre 1977 pour voir la première formalisation juridique de « règles applicables en matière de concurrence », qui sont toutefois restées très éloignées de ce qu'une conception moderne du droit de la

⁶⁴ Jacques Delpla et Charles Wyplosz écrivent ainsi que : « *la partie du droit actuel de la concurrence (tout le titre IV du livre IV du Code de commerce et quelques autres articles) qui réprime certaines pratiques commerciales per se, indépendamment de leur impact sur le marché, devrait être abrogée dans son entièreté. Cette partie du droit n'a aucune justification économique ; rien de comparable n'existe ailleurs* » (Delpla J. et Wyplosz C., 2007, *La fin des privilèges*, éditions Hachette, pp. 56-57).

⁶⁵ Voir la récente décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-08 du 24 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises, confirmée sur le fond par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 septembre 2015 (cet arrêt est, au moment de l'écriture de cet article, frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation).

concurrence permet d'envisager. Ces prémisses se sont en effet cantonnées à proposer un simple ensemble disparate de dispositions relevant du « petit droit » de la concurrence, sans qu'il soit question alors de s'interroger sur ce qui constitue le cœur d'une action pro-concurrentielle, c'est-à-dire la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des structures de marché.

C'est principalement au cours de la dernière décennie du XX^e siècle que les débats vont s'ouvrir sur la notion de concurrence elle-même, sous l'influence notamment des travaux du Comité, puis du Conseil économique et social nouvellement créé. Si des discours s'élèvent à partir de cette époque en faveur d'un renforcement des expériences de libéralisation tarifaire, ou si, parallèlement, apparaissent pour la première fois dans les échanges les notions phares d'entente ou d'abus de position dominante, l'ensemble reste peu clair et la notion de concurrence demeure insuffisamment cernée.

Les premières prises de position en faveur d'une nécessaire lutte contre les pratiques anticoncurrentielles se heurtent en effet à une importante confusion avec d'autres notions relevant du « petit droit » de la concurrence ou du droit de la concurrence déloyale. Il en résulte des problèmes d'articulation entre les diverses conceptions du fonctionnement des marchés et une extrême difficulté à mener des débats cohérents en découle. Ces derniers peuvent ainsi parfois conduire, tout à la fois, à défendre une action pro-concurrentielle tout en soutenant la mise en œuvre ou le maintien de dispositions réglementaires qui viennent pourtant contrecarrer les indispensables ajustements dans lesquels une économie de marché trouve son efficacité.

La confusion que l'on observe dans les débats calédoniens des années 1990 n'est cependant pas propre au Caillou⁶⁶ et tient notamment à l'influence française dans la construction du droit calédonien. A cet égard, il est utile de se souvenir, comme le rappellent Daniel Mainguy et Malo Depincé, qu'« *Au départ, le droit de la concurrence – français – est un banal système de règles de police (...) organisées en vue de la régulation des marchés. (...) le droit de la concurrence a d'abord été un instrument de gestion régulée d'une économie de pénurie, depuis les années 1920 jusqu'aux années 1970 avant de s'installer dans un système d'économie d'abondance. Les règles qu'il contenait étaient le moyen d'organiser un système d'économie administrée, dont le mécanisme de contrôle des prix. Le système se combinait par ailleurs avec la philosophie keynésienne alors dominante prônant l'interventionnisme de*

⁶⁶ L'expérience polynésienne est à cet égard informative. Dans les projets de loi sur la concurrence antérieurs à celui qui a finalement été adopté, les aspects du droit de la concurrence et du « petit droit » étaient mêlés dans un même texte, entretenant la confusion entre mécanismes concurrentiels et régulation des relations commerciales entre les acteurs (voir pour une présentation détaillée des événements de l'époque : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, op. cit., chapitre 8). Forte des critiques émises au cours de cette période à l'encontre de ces projets, la loi polynésienne sur la concurrence finalement promulguée s'est centrée uniquement sur le droit de la concurrence, en expurgant toutes les dispositions se rapportant au « petit droit » (loi du pays n° 2014-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence). Une autre loi du pays, propre cette fois au « petit droit » a été promulguée moins de deux mois plus tard (loi du pays n° 2015-4 du 14 avril 2015 portant réglementation des pratiques commerciales). Or, cette seconde loi a également réuni les contenus des deux textes au sein d'un même Code de la concurrence, rétablissant ainsi, dans l'esprit du grand public, la confusion que l'on avait initialement souhaité éviter en séparant les deux lois du pays.

l'Etat en matière économique. L'ordonnance de 1945 et sa cohorte de mesures autoritaires de taxation ou de blocage des prix étaient l'outil adapté à ces circonstances. »⁶⁷.

Au début des années 2000, la Nouvelle-Calédonie n'a donc toujours, pour seules règles en matière de concurrence, que des dispositions relevant du « petit droit » de la concurrence ou du droit de la concurrence déloyale. Les piliers du droit de la concurrence que sont la lutte contre les ententes ou les abus de position dominante ne figurent en revanche dans aucun texte officiel. Parfois cités au cours des discussions, comme nous l'avons vu, ces concepts semblent encore abstraits et leur conception se heurte à une vision de l'économie générale et de la fixation des prix qui reste très administrée. A titre anecdotique, en remontant le temps jusqu'aux années 1980, un arrêté vient fournir une bonne illustration de cette articulation improbable entre administration des prix et pratiques anticoncurrentielles⁶⁸, puisqu'il crée, au nom de la nécessité du contrôle des prix, un véritable système institutionnalisé susceptible de favoriser les ententes⁶⁹. Selon cet arrêté, en effet, le chef du territoire peut conclure des accords avec les commerçants dans le but de modérer les prix de certains biens : les vendeurs sont alors incités à fournir une liste de produits indiquant pour chacun d'entre eux le prix ou la marge à pratiquer. La puissance publique souhaite par ailleurs voir les parties à l'accord s'entendre sur un large nombre de références⁷⁰ et, dans le cas où aucun accord explicite de pourrait être trouvé, le texte prévoit un blocage des prix⁷¹ pour toute une liste de produits cités en annexe, aussi fournie que diversifiée.

L'aube du XXI^e siècle se lève donc sur un système économique calédonien finalement encore peu éloigné de ce qu'il était au sortir de la seconde guerre mondiale. Nous ne sommes pourtant, comme nous le verrons dans la suite de cette étude, qu'à quelques années d'une évolution sensible des règles de concurrence calédonienne⁷², qui va marquer le départ d'un nouveau processus conduisant à l'actualité de la création d'une autorité de concurrence calédonienne.

⁶⁷ Mainguy D. et Depincé M., 2015, *Droit de la concurrence*, éditions LexisNexis, 2^{ème} édition, pp. 41-42. L'ordonnance à laquelle il est fait référence dans cette citation est l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

⁶⁸ Arrêté n° 83-119/CG du 15 mars 1983 instituant des accords de modération des prix ou, à défaut d'accord, des mesures exceptionnelles et provisoires de blocage des prix.

⁶⁹ Pour une interrogation proche de celle-ci quant au rôle historique joué par la conférence agricole pour les marchés polynésiens du secteur primaire, voir : Venayre F., 2012, « Protection du marché agricole et qualité sanitaire en Polynésie française », *Economies et Sociétés*, Série « Systèmes Agroalimentaires », AG, n° 34, 10-11/2012, pp. 2057-2076.

⁷⁰ L'article 3 de l'arrêté précise en effet que « la liste des articles prévus devra être importante et concerner des produits de consommation courante ». Le terme « important » semble devoir être compris au sens quantitatif et non qualitatif, dans la mesure où il est également précisé que les produits doivent être de consommation courante, ce qui permet d'en jauger, cette fois, l'importance qualitative pour les consommateurs.

⁷¹ Dont les modalités sont indiquées par le III de l'arrêté.

⁷² Avec l'adoption de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.